Der Vorvertrag.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

EDUARD KREHBIEL

Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht in Edenkoben.

Approbiert am 9. November 1902.

EDENKOBEN.
Buchdruckerei von H. Mietens.
1903.

06

Der Vorvertrag.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

EDUARD KREHBIEL

Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht in Edenkoben.

Approbiert am 9. November 1902.

EDENKOBEN.
Buchdruckerei von H. Mietens.
1903.

Der Vorfrieg.

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsangabe.

§ 1. Einleitung und Begriffsbestimmung.
§ 2. Ausscheidung ähnlicher Rechtserscheinungen.
§ 3. Unterscheidung von ein- und zweiseitigen Vorverträgen.
§ 4. Hauptanwendungsgebiete.
§ 5. Erfordernisse und Inhalt des Vorvertrags. Klage und Exekution aus dem Vorvertrag.
§ 6. Die Form des Vorvertrags
a. bei gesetzlichen Formgeboten für den Hauptvertrag,
b. bei gewillkürten Formerfordernissen.
§ 7. Die Abtretbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrag.
§ 8. Besonderheiten des Darlehensvorvertrags.

§ 1 Einleitung und Begriffsbestimmung.

Bei der Betrachtung älterer Rechtsquellen, die sich auf das pactum de contrahendo beziehen, findet man alsbald den interessanten Gegensatz des römischen Rechts, welches von der Formenstrenge der stipulatio ausgehend die rechtliche Kraft formloser Abreden als pacta nuda leugnet, zu dem im späteren Mittelalter auf dem Gebiete des gemeinen Rechts zur Geltung gelangten Gewohnheitsrechte, welches an der Unverbrüchlichkeit des gegebenen Wortes und an der Rechtsverbindlichkeit auch formlos gegebener Versprechen festhält. Schon im Namen des pactum de contrahendo liegt der Hinweis auf einen künftig zu schliessenden Vertrag, den sogenannten Hauptvertrag, als dessen Vorbereitung das pactum de contrahendo erschien und ist es daher von Interesse, zu untersuchen, ob in diesen über das Zustandekommen eines künftigen Vertrags von den Parteien getroffenen Vereinbarungen ein rechtsverbindlicher Vertrag oder eine blosse Erklärung übereinstimmender Ansichten zu erblicken ist.

Bei Lösung dieser Frage war man bisher allzusehr geneigt, die Eigentümlichkeiten des Vorvertrags in seinen Gegensätzen zum blossen Traktat auf der einen Seite und dem durch den Vorvertrag vorbereiteten Hauptvertrag auf der andern Seite hervorzuheben, anstatt die Bedeutung des Vorvertrags als eines in sich geschlossenen selbstständigen Vertrags zu prüfen. Wenn wir daher zu einer Lösung über das Wesen des Vorvertrags ohne Rücksicht auf die hier erwähnten Gegensätze gelangen wollen, müssen wir von dem Rechtsgrundsatze ausgehen, dass Gegenstand eines Vertrags nur die

unmittelbar durch ihn selbst zu schaffende Rechtsänderung sein kann. So auch beim pactum de contrahendo: es geht auf ein künftiges Kontrahieren d. h. es erzeugt den Anspruch auf Abschluss des von ihm bezeichneten Kontrakts. Mit diesem Abschluss ist der Inhalt des Vorvertrags erfüllt und die Leistung, welche demnächst auf grund des sogenannten Hauptvertrags erfolgt, ist eine Erfüllung der aus dem Hauptvertrag selbst hervorgehenden Forderung, nicht eine Erfüllung des durch Abschluss des Hauptvertrags schon erledigten und damit untergegangenen Anspruchs aus dem pactum de contrahendo.

Es ist also der Vorvertrag ein in sich geschlossener selbstständiger Vertrag unabhängig vom sogen. Hauptvertrag.

Wenn wir sodann das andere jedem Vertrag eigentümliche Erfordernis der Willenseinigung auf den Vorvertrag anwenden, so gründet sich das Zustandekommen eines Vorvertrags auf die bewusste Willenseinigung zweier Parteien dahin gehend, dass einer oder beide Kontrahenten die Verpflichtung übernehmen, zum Abschluss eines künftigen, des sog. Hauptvertrags in einer Weise mitzuwirken, wie dies dem betreffenden Vertrage entspricht.

Indem wir die bewusste Willenseinigung als wesentliches Erfordernis für das Zustandekommen eines Vorvertrags aufstellen, kann eine zufällige gleichzeitige Kreuzung einander entsprechender Vorschläge keinen Vertrag schaffen, wie gleichwohl Becker in seinem Jahrbuch des gem. d. Rechts III 116 ff. und ihm folgend Hauser in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsr. XII 47 annehmen.

Zum Begriff des Vorvertrags gehört weiter, dass er mit seinem Rechtszweck in der Schliessung des bestimmungsgemässen Hauptvertrags aufgeht. Wo dagegen sofort auf Leistung angetragen werden kann, wie vor allem auf Uebergabe einer Sache auf grund eines Kauf- oder Schenkungsvertrags, da ist kein Vorvertrag geschlossen, indem z. B. der Kauf als selbstständiger Verkehrs- und Rechtsakt seinen abgeschlossenen Tatbestand und Rechtszweck in sich trägt

und die Uebergabe nur als Ausführung anzusehen ist. Anders würde der Fall liegen, wenn man den Vertrag nicht sofort als den bezweckten Endvertrag selbst abschliesst, weil z. B. der Umfang der zu machenden Leistungen von gewissen Umständen, z. B. von den künftig obwaltenden Bedürfnissen abhängig gemacht wird. Wenn beispielsweise ein Wirt sich verpflichtet, seinen Bedarf an Bier für eine bestimmte Zeit nur bei der Brauerei F. zu dem ortsüblichen Preise zu entnehmen, so ist darin sehr wohl eine wirksame Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrags, m. a. W. ein Vorvertrag zu erblicken.

§ 2 Ausscheidung ähnlicher Rechtserscheinungen.

Aus dem oben aufgestellten Erfordernis, dass der Vorvertrag mit seinem Rechtszweck in der Schliessung des Hauptvertrags aufgehe, und den im Anschluss hieran ausgesprochenen Erwägungen geht hervor, dass unter den Begriff des Vorvertrags nicht zu rechnen sind alle diejenigen Fälle, in denen durch künftige einseitige Erklärung des Berechtigten der gewollte Enderfolg herbeigeführt wird, ohne dass der Abschluss eines dem Vorvertrag entsprechenden Hauptvertrags erforderlich wäre. So ist vor allem der Wiederkauf des § 497 ff. B. G. B. auszuscheiden, der durch einseitige Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer zustande kommt.

Auszuscheiden sind ferner die sog. bedingten Verträge, bei denen mit Rücksicht auf die hemmende Kraft der Bedingung ein perfekter Vertrag überhaupt nicht vorliegt. So der Kauf auf Probe nach § 495, 96 B. G. B., welcher abgeschlossen wird unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Käufer nach seinem freien Belieben den Kauf billigt. Diese spätere Billigung des Käufers ist nicht der Vertragsschluss, sondern Bedingung des Vertrags, eine einseitige Erklärung nicht an die Annahme seitens des Verkäufers gebunden

und nicht, was bei Grundstücksverkäufen wichtig ist, von der Form des Kaufes abhängig.

Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal des Vorvertrags von den hier genannten Rechtsvorgängen besteht eben darin, dass die Herbeiführung des gewollten Enderfolges nicht durch eine einseitige Handlung des Berechtigten zustande kommt, auch nicht durch einseitige Willenserklärung des Berechtigten, sondern durch einen neuen Vertragsschluss beider Kontrahenten.

Eine weitere Unterscheidung der oben angeführten Verträge von unserm Vorvertrag ist ferner darin zu erblicken, dass wir dort in der Regel von einem bedingten und deshalb nicht vollkommen in sich abgeschlossenen Vertrag reden können, während die beim Vorvertrag übernommene Verpflichtung zur Mitwirkung beim Abschluss des sog. Hauptvertrags als selbstständiger Inhalt eines perfekten Vertrags sich darstellt, unabhängig von dem tatsächlichen Zustandekommen des sog. Hauptvertrags.

§ 3 Unterscheidung von ein- und zweiseitigen Vorverträgen.

Eine andere Frage ist es, ob beide Parteien des Vorvertrags sich zu dem Abschluss des künftigen Hauptvertrags verpflichtet haben. In den meisten Fällen wird vielmehr das im Vorvertrag gegebene Versprechen auf Kontraktschluss nur für die eine der beiden Parteien bindend sein und nur für die andere Partei einen klagbaren Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags begründen. Wir nennen diese Art von Verträgen einseitige Vorverträge, deren Existenz und rechtliche Wirksamkeit allgemein anerkannt ist, während die Möglichkeit eines zweiseitigen Vorvertrags, wonach beide Parteien sich zum Abschluss des künftigen Hauptvertrags verpflichten, vielfach verneint wird, insbesondere für den Kauf von Bechmann S. 283, weil ein derartiger Vorvertrag in seiner rechtlichen Bedeutung dem Hauptvertrag gleichkommen

würde und mit der Annahme eines Vorvertrags nur ein Umweg geschaffen würde.

Allein meines Erachtens dürfte es ein grösserer Umweg sein, wenn man mit allerlei Bedingungen und Klauseln, die mit Rücksicht auf künftige Eventualitäten von praktischer Bedeutung werden könnten, den gegenwärtigen Hauptvertrag belastet, als wenn man sich gegenwärtig in einem Vorvertrag nur verpflichtet, in der Zukunft einen den einstigen Bedürfnissen und Verhältnissen entsprechenden Vertrag abzuschliessen.

Um ein praktisches Beispiel für den von Bechmann geleugneten zweiseitigen Vorvertrag anzuführen, wäre es doch sehr wohl denkbar, einen Vorvertrag des Inhalts zu schliessen, dass der eine Kontrahent, ein Händler, einem Metzger gegenüber sich verpflichtet, das für einen bestimmten Zeitraum oder eine besondere Gelegenheit erforderliche Schlachtvieh zum Tagespreis zu liefern gegen die Verpflichtung des Metzgers, seinen Bedarf für diese Zeit bei dem betreffenden Händler zu decken. Die Möglichkeit und praktische Verwendbarkeit eines zweiseitigen Vorvertrags ist auch anerkannt von Thoel: Handelsrecht S. 782, Degenkolb u. a.

Als dritte Gruppe sind von den Vorverträgen alle diejenigen Fälle zu trennen, in denen der entgiltige Vertragsschluss nicht als rechtlich erzwingbare Erfüllung einer aus einem Vorvertrag hervorgehenden Verpflichtung erfolgt. Hierher gehört das umfangreiche Gebiet der Vorverhandlungen, d. i. die Verständigung der Parteien über einzelne Punkte eines abzuschliessenden Vertrags.

Die rechtliche Gebundenheit aus solchen Vorverhandlungen ist in § 154 Abs. 1 S. 2 B. G. B. ausdrücklich negiert, selbst wenn eine Aufzeichnung derselben stattgefunden hat. Es scheiden also aus:

1. Die sog. Punktationen, unter denen die Aufzeichnungen über bereits vereinbarte einzelne Vertragspunkte zu verstehen sind.
2. Die Traktate, die als vorbereitende Besprechungen oder vorläufige Vereinbarungen ohne Rechtsbedeutung sind.

In allen diesen Fällen liegt ein Vertrag überhaupt nicht vor, auch kein vorläufiger Vertrag, wie von vielen Juristen behauptet wird, die den Zweck des vorläufigen Vertrags darin finden, dass durch das pactum praeparatorium Zeit zur nötigen Ueberlegung für den zu präparierenden Vertrag gewonnen werden soll. Im Gegensatz zu denjenigen, welche aus der eben angegebenen Zweckbestimmung auf die Widerruflichkeit des vorläufigen Vertrags schliessen, werden wir uns auf den Standpunkt stellen, dass ein Versprechen mit dem Vorbehalt weiterer Ueberlegung nicht rechtsverbindlich und deshalb selbst bei Annahme des Versprechens von einem Vertrag überhaupt nicht die Rede sein kann. Ebenso ist die Unterscheidung des Vorvertrags als eines unvollständigen Vertrags im Gegensatz zum vollständigen Hauptvertrag zu verwerfen, indem wir von zwei Möglichkeiten ausgehen. Entweder enthält der Vorvertrag den ihm eigentümlichen Inhalt, d. i. die Verpflichtung einer oder beider Parteien zur Mitwirkung beim Zustandekommen des Hauptvertrags, dann ist der Vertrag so vollständig wie jeder obligatorische Vertrag, indem sein Zweck in der Leistung des geschuldeten Handelns, hier also in der Vornahme des contrahere, d. h. eben in dem Abschluss des Hauptvertrags aufgeht.

Oder die besondere Festsetzung der sog. Nebenpunkte ist als Vorbehalt für die Vollendung des Vertrags gesetzt, dann liegt ein Vorvertrag in unserm Sinne überhaupt nicht vor, weil aus derartigen Vorbesprechungen keine vertragsmässige Pflicht auf Einigung in den betreffenden Punkten, also auch keine Pflicht auf Abschluss des Hauptvertrags abgeleitet werden kann; wir haben vielmehr hierin nur ein Traktat zu erblicken.

§ 4 Hauptanwendungsgebiete.

Welches sind nun aber die hauptsächlichsten Gebiete, auf denen die Bedeutung des Vorvertrags Platz greift?

Bei Konsensualverträgen wird zwar vielfach die logische Möglichkeit eines Vorvertrags geleugnet, indem man sagt, der Vorvertrag müsse seinem Inhalte nach hinlänglich bestimmt sein und daher die Essentialien des künftig abzuschliessenden Hauptvertrags in bindender Weise enthalten. Wenn nun für den Abschluss des Hauptvertrags keine besondere Form noch die Hingabe einer Sache erforderlich ist, so sei durch den vermeintlichen Vorvertrag der Vertragswille rücksichtlich des sog. Hauptvertrags bereits als ein gegenwärtiger Vertragswille vollständig gesetzt und rechtsgiltig erklärt. Nach meinem Dafürhalten ist ein Vorvertrag auch bei Konsensualverträgen sehr wohl denkbar, sobald bei Abschluss des Vorvertrags irgendwie der Wille der Parteien erkennbar ist dahin gehend, dass sie sich verpflichten wollen, in der Zukunft zum Zustandekommen eines in jeder Hinsicht bestimmten Vertrags durch derzeitige Konsenserklärung mitwirken zu wollen; es ist geradezu in der Erklärung, einen Vertrag demnächst schliessen zu wollen, eine direkte Negierung des gegenwärtigen Vertragswillens sowie einer gegenwärtigen Konsenserklärung in Bezug auf den Inhalt des Hauptvertrags zu erblicken und damit verwiesen auf die erst mit dem Abschluss des Hauptvertrags gewollte Rechtsänderung. Neben dieser theoretischen Rechtfertigung des Vorvertrags bei Konsensualkontrakten liegt die praktische Bedeutung des Vorvertrags nach Degenkolb in seiner Verwendbarkeit zu sicherer Herbeiführung von Wirkungen, welche sich bei sofortigem Abschluss des Hauptvertrags nur durch besondere Klauseln erreichen lassen, also in der durch den Vorvertrag erreichbaren Vereinfachung der Formulierung. Des weiteren darf ich auf die bei der Besprechung des zweiseitigen Vorvertrags gemachten Ausführungen verweisen.

Als zweites Anwendungsgebiet sind diejenigen Fälle hervorzuheben, in denen ein künftiger Vertrag nach gewissen durch Willkür der Parteien aufgestellten Formerfordernissen zustandekommen soll. Freilich muss in jedem einzelnen Falle der Wille der Parteien festgestellt werden, dass in derartigen

Verabredungen eine rechtliche Gebundenheit enthalten sein soll, widrigenfalls die Vermutung des § 154 Abs. 2 B. G. B. Platz greift, welche bei der Abrede der Beurkundung gegen die Annahme eines bindenden Vertrags spricht.

Die vorbereitende Aufzeichnung eines in allen wesentlichen Punkten vereinbarten Vertrags, dessen Vollendung erst gewollt ist, wenn eine Einigung über gewisse Nebenpunkte erzielt oder irgend eine Schriftform wie Unterschrift von Zeugen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung beobachtet ist, pflegt man als blosse »Punktation« zu bezeichnen, welcher eine rechtsverbindliche Kraft nicht beigemessen werden kann.

Auch den nach der Vorschrift des Gesetzes an die Beobachtung gewisser Formen gebundenen Verträgen kann ein rechtsgiltiger Vorvertrag vorausgehen.

Als drittes und zugleich als Hauptanwendungsgebiet sind die Verträge anzusehen, die dem Abschluss eines Realvertrags vorausgehen, bei welchem das Schuldverhältnis durch den Akt sachlicher Hingabe begründet wird. Als solche sind für das römische Recht allgemein anerkannt die Leihe, das Darlehen, der Verwahrungsvertrag und der Faustpfandvertrag. Bei diesen Verträgen kann die Vertragsleistung des Schuldners erst gefordert werden, nachdem der andere Teil die Valuta oder die sonst zurückzugebende Sache hingegeben hat, wobei aber die Hingabe selbst nicht zum Inhalt dieser Verträge gehört. Wohl aber kann die Hingabe in einem Vorvertrage giltig versprochen werden. Ob auch für das moderne Recht an der römisch-rechtlichen Unterscheidung zwischen Konsensual- und Realkontrakten festzuhalten sei, ist in neuerer Zeit vielfach bestritten, indem man alle Realverträge nunmehr als Konsensualverträge bezeichnen möchte. Allein in den Motiven zum B. G. B. II S. 306 sind die Verschiedenheiten der genannten Verträge als Realverträge, insbesondere des Darlehensvertrags zu den Konsensualverträgen, deutlich hervorgehoben und auch die herrschende Lehre, vertreten durch Dernburg, Oertmann, Plank, Endemann, Schollmeyer u. a., tritt für die Beibehaltung der genannten Verträge

als Realverträge ein und erkennt die Möglichkeit und Rechtsverbindlichkeit eines Vorvertrags gerichtet auf die Mitwirkung zum Abschluss des Realvertrags an.

Denn wie im römischen Recht, so gibt es auch heute noch Verträge, welche ohne Sachleistung nicht bestehen können, insbesondere der Darlehensvertrag, bei welchem durch blosse Willenseinigung zwar die Verpflichtung, ein Darlehen zu gewähren, nicht aber die Verpflichtung ein Darlehen zurückzubezahlen, begründet werden kann. Diese ist vielmehr abhängig von dem vorherigen Empfang einer bestimmten Summe. Erst durch dieses Geben und Nehmen wird nach dem Willen der Parteien das Darlehensverhältnis begründet. Wenn es aber wirklich noch Verträge gibt, bei denen die Uebergabe einer Sache das materielle Erfordernis zur Begründung einer Schuldverpflichtung ist, so wird man auch nicht ohne Grund von der alt hergebrachten Bezeichnung derselben als Realkontrakte abzugehen haben.

§ 5 Erfordernisse und Inhalt des Vorvertrags. Klage und Exekution aus dem Vorvertrag.

Was die rechtliche Wirkung des Vorvertrags anlangt, so enthält das B. G. B. hierüber keine näheren Bestimmungen mit Ausnahme des § 610, welches den Widerruf eines Darlehensversprechens zulässt für den Fall, dass in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird. Auf grund dieses als Sonderbestimmung zu bezeichnenden Rechtssatzes werden wir dem Rechtssprichwort folgend: exceptio firmat regulam zu dem Ergebnis kommen, dass die clausula rebus sic stantibus den übrigen Vorverträgen

nicht als stillschweigende Ergänzung zuzubilligen ist, dass vielmehr die Verbindlichkeit des Vorvertrags dahin gehend, dass der Vorvertrag einen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags erzeugt, im allgemeinen ohne Rücksicht auf die Nebenumstände rechtlich erzwingbar ist; freilich ist vorauszusetzen, dass die übrigen Erfordernisse, die das Gesetz als Voraussetzung für die Giltigkeit eines Vertrags aufstellt, wie Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten, Abgabe und Zugehen der Erklärung, Einigung, Möglichkeit der Leistung etc. erfüllt sind, m. a. W. es finden die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung.

Ferner muss, um die Erfüllung eines solchen Vertrags rechtlich durchsetzen zu können, der Vorvertrag den Inhalt des Hauptvertrags derart vollständig enthalten, dass alle für ihn wesentlichen Erfordernisse festgestellt sind, widrigenfalls der Vorvertrag mangels genügender Bestimmtheit des Willensinhaltes eine Klagbarkeit nicht erzeugt. So ist in einer Entscheidung des R. O. H. G. B. 9 S. 38 ein Vorvertrag auf Gründung einer Handelsgesellschaft für ungiltig erklärt worden, weil über die Verteilung von Gewinn und Verlust nichts vereinbart war. Auch die Bestimmung des Gegenstandes des Hauptvertrags sowie eine etwaige Preisbestimmung muss im Vorvertrage enthalten sein. Uebereinstimmend sagt Dernburg in seinen Pandekten B. II S. 26, dass ein Vorvertrag nur dann bindend ist, wenn aus ihm der Inhalt des versprochenen Geschäftes im Streitfalle richterlich bestimmt werden kann.

Inhalt der Forderung aus dem Vorvertrag ist der Anspruch auf Kontraktschluss, wie auch schon das römische Recht Rechtsgeschäfte kannte, welche die Pflicht auf ein contrahere begründeten, z. B. die indirekte Zuwendung eines Rechts durch das Damnationslegat, welches den Erben verpflichtete, dem Legatar das Eigentum an einer Sache oder einen sonstigen Vermögensvorteil zu verschaffen auf dem Wege des Kontrahierens mit dem Vermächtnisnehmer, nötigenfalls auch mit einem dritten. Ferner konnte schon nach römischem Recht vertragsmässig die Pflicht zum Abschluss eines Darlehens-

vertrags begründet werden, doch musste hier das Darlehensversprechen in Stipulationsform gekleidet werden; vergl. l. 68 D. de V. O.

Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quod id venit in stipulationem, quod mea interest.

Hienach hat der Darlehenssucher, der die Auszahlung des Darlehens vom Kapitalisten sich hat versprechen lassen, bei Weigerung des Kapitalisten, sein Versprechen zu erfüllen, eine Klage auf das Interesse oder die etwa verabredete Strafsumme, nicht aber auf die Eingehung des Vertrags. Auch für das heutige Recht wird die Möglichkeit einer Exekution auf den Betrag des zugesagten Darlehens, d. i. auf Eingehung des Vertrags als untunlich bestritten u. a. von Regelsberger in seinen civilrechtlichen Erörterungen B. I S. 131, wonach dem aus dem Vorvertrag Berechtigten eine Klage nur auf das Interesse zusteht, während der Beklagte die alternative Ermächtigung habe, die Interesseleistung durch Erfüllung des von ihm geforderten contrahere abzulösen. Allein wie die aus einem Kaufvertrag hervorgehende Verpflichtung zur Tradition erzwungen werden kann, so kann auch der aus einem Vorvertrag hervorgehende Anspruch auf Kontraktschluss je nach der Art des erforderlichen Handelns nach den allgemeinen Regeln des C. P. O. erzwungen werden. Es ist daher, wenn es sich z. B. um den Abschluss eines durch Willkür der Parteien einer bestimmten Form unterworfenen Vertrags handelt, die Klage auf die Herstellung der betreffenden Urkunde etc., bei einem Realvertrag die Klage auf die Auszahlung der Darlehenssumme, auf die Uebergabe des betreffenden Buches etc. zu richten. Weigert sich der Schuldner, seiner Verpflichtung nachzukommen und ist die Vornahme der betreffenden Handlung durch einen dritten möglich, so ist der Gläubiger zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen, bzw. wenn die obige Möglichkeit nicht gegeben ist, der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch

Geldstrafe oder durch Haft anzuhalten gemäss § 887 und 888 C. P. O.

Neben diesem Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung des verabredeten Vertrags steht dem Gläubiger das Recht zu, unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar auf die Interesseforderung zu greifen und zwar in allen denjenigen Fällen, in denen die bedungene Leistung durch ein Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden ist, was auch im Falle blosser Verzögerung zulässig wäre, wenn der Leistung die Zeit als wesentlicher Bestandteil des Vertrags beigesetzt wurde. In allen übrigen Fällen ist lediglich der Anspruch auf Kontraktschluss gegeben und eine Interesseforderung insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn die einen Vertrag vorbereitenden Unterhandlungen nicht bis zu einem perfekten Vorvertrag durchgeführt wurden, indem hier eine Klagbarkeit auf grund eines Vertrags nicht begründet wurde und aus den blossen Parteiverhandlungen, die auf die Begründung eines Vertrags gerichtet sind und später wieder abgebrochen werden, ein Anspruch auf Schadensersatz nicht hervorgeht, ebenso wie aus den einem Kaufvertrag vielfach vorausgehenden Handlungen wie Probesendungen etc. eine Ersatzpflicht nicht hervorgeht, wenn eine solche nicht ausdrücklich vorbehalten oder verkehrsüblich ist.

Bei einem Realvertrag erfolgt die Zwangsvollstreckung gemäss § 883 C. P. O. in der Weise, dass z. B. bei dem auf die Hingabe eines Darlehens gerichteten Vorvertrag dem Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung der entsprechende Geldbetrag entzogen wird und die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners gilt.

Bei Konsensualkontrakten stützt sich die Exekution auf § 894 C. P. O., wonach mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung diese als abgegeben zu betrachten ist, sodass also die von den Parteien im Vorvertrag übernommene Vollzugserklärung durch den richterlichen Ausspruch, dass der Vertrag als geschlossen anzusehen sei,

erzwungen werden kann und zwar hat der Gläubiger hier nicht, wie in den anderen Fällen, wo Verurteilung zur Vornahme einer Handlung ergeht, die Wahl zwischen der direkten Vollstreckung und der Geltendmachung seines Interesses. Es ist vielmehr der Hauptvertrag im Augenblick der Rechtskraft des Urteils als geschlossen anzusehen.

Auf der anderen Seite ist bei Beurteilung der Rechtswirkungen des Vorvertrags wie bei Auslegung aller Verträge der Vorschrift des § 133 B. G. B. Rechnung zu tragen, wonach bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Wortlaut zu haften ist in Verbindung mit § 157 B. G. B., wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. So ist beispielsweise die im Vorvertrag übernommene Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrags nach billigem Ermessen zeitlich zu beschränken. Zu diesem Zweck müssen nach Bechmann: Kauf S. 274 irgendwelche Anhaltspunkte über die zeitliche Begrenzung der eingegangenen Verpflichtung im Vorvertrag enthalten sein, da ein Vorvertrag mit dem blossen Versprechen, irgend einmal zu kaufen oder zu verkaufen, »wegen mangelnder Bestimmung und Bestimmbarkeit eines wesentlichen Punktes« für ungiltig zu erachten ist. Ferner ist in denjenigen Fällen, in denen der aus dem Vorvertrag hervorgehende Gläubiger ein Wahlrecht inbezug auf die von dem zur Mitwirkung verpflichteten Schuldner zu machende Leistung hatte, die damit verbundene Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Schuldners nur solange anzunehmen, als dies der Absicht der Parteien bei Abschluss des Vorvertrags entsprach.

Eine weitere Einschränkung der strikten Durchführung der aus dem Vorvertrag hervorgehenden Verpflichtungen gilt für den schon erwähnten Fall, dass der eine Kontrahent des Vorvertrags dem anderen Credit zu gewähren verspricht und nachträglich eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensempfängers eintritt. Hier half man sich ebenfalls mit allgemeinen Auslegungsregeln, indem man

die clausula rebus sic stantibus heranzog in der Erkenntnis, dass der Credit nur im Hinblick auf die gegenwärtige Vermögenslage des Schuldners versprochen worden sei im Gegensatz zu Regelsberger, der auch in diesem Fall die clausula rebus sic stantibus als stillschweigenden Bestandteil der Verabredungen nicht anerkannte und nur bei einer offenkundigen Unredlichkeit in dem Verhalten des einen Vertragsteils eine Berechtigung des andern, den Abschluss des Vertrags zu verweigern, zugibt. Heute ist die Berücksichtigung der zur Zeit des Abschlusses bestehenden Verhältnisse im Anschluss an das österreichische bürg. G. B. und das preuss. Landrecht anerkannt in § 610 B. G. B., auf den ich bei der speziellen Behandlung des Darlehensvorvertrags zurückkommen möchte.

Mit Rücksicht auf die ausdrückliche Zulassung der clausula rebus sic stantibus für den Darlehensvorvertrag ist für die übrigen Fälle anzunehmen, dass für dieselben die Klausel nicht ohne weiteres gegeben, vielmehr ausdrücklich beizufügen ist. Andererseits ist aber auch in Erwägung zu ziehen, ob es sich mit der nach § 157 B. G. B. gebotenen Auslegung nach Treu und Glauben vereinbaren lässt, unter wesentlich geänderten Umständen auf dem Abschluss des Hauptvertrags zu bestehen, ob nicht vielmehr der Forderung auf Abschluss des Hauptvertrags eine exceptio doli entgegengesetzt werden kann, wobei jedoch ein alltägliches Ereignis, z. B ein Steigen des Preises, eine Zollerhöhung, eine Versetzung etc. in der Regel nicht als ausreichender Grund erachtet werden kann.

Diesen beiden Einschränkungen der durch den Vorvertrag begründeten Verpflichtungen ist gegenüberzustellen das Recht des Gläubigers, seinerseits unmittelbar auf die Interesseforderung zu greifen, falls der Verpflichtete die Unmöglichkeit der bedungenen Leistung verschuldet hat. Das gleiche gilt bei Verzögerung der Leistung, sofern die Zeit als wesentliches Begriffsmerkmal aus dem Inhalt des Vorvertrags hervorgeht.

§ 6 Die Form des Vorvertrags.

Bevor wir auf den im Verkehrsleben am meisten praktisch werdenden Fall der Realverträge, auf den Darlehensvertrag und insbesondere den Vorvertrag hierzu näher eingehen, möchte ich noch die dem Vorvertrag eigentümlichen Formerfordernisse einer kurzen Betrachtung unterziehen und sodann den Vorvertrag inbezug auf die Abtretbarkeit der aus ihm hervorgehenden Ansprüche prüfen.

a. bei gesetzlichen Formgeboten für den Hauptvertrag.

Erinnern wir uns zunächst an die Stellung des Vorvertrags im römischen Recht. Hier war der Vorvertrag zwar bekannt, aber wegen der Unverbindlichkeit der blossen pacta nicht in dem Umfange wie im heutigen Recht. Um demselben rechtliche Wirkung zu verschaffen, war es nötig, denselben in Stipulationsform zu kleiden und der Kontrakt war alsdann um dieser Wortform willen giltig und klagbar. Daraus ist zu entnehmen, dass in allen Fällen, in denen sich die Klagbarkeit des Anspruchs auf die Beobachtung der Stipulationsform gründete, der in einem Vorvertrag ausgesprochene blosse obligatorische Consens einen klagbaren Anspruch nicht erzeugte.

Die Regel des älteren römischen Rechts, dass nur der formale Willensausdruck civilrechtliche Wirkung erzeuge, hat im modernen Recht keine Wurzeln zu fassen vermocht, vielmehr ist das Princip der Formlosigkeit mit einigen Ausnahmefällen, die aber von ganz bestimmten Zweckmässigkeitsrücksichten getragen sind, in den neueren Gesetzgebungen allgemein durchgeführt. Bei den heute noch bestehenden Formvorschriften ist es in den meisten Fällen die Absicht des Gesetzgebers, durch das Gebot der Form eine Einwirkung auf den Willen der Parteien zu erzielen und ihnen die ernste juristische Bedeutung des Vertrags zum Bewusstsein zu bringen, indem er ihnen durch die Bindung an gewisse Formen

Zeit und Anlass zur ruhigen und ernstlichen Ueberlegung des Geschäfts verschaffen will. Es ist einleuchtend, dass in allen derartigen Fällen der Zweck des Gesetzesgebotes, die Parteien zu ernster Ueberlegung vor dem Vertragsschlusse anzuhalten, nicht dadurch vereitelt werden darf, dass auf grund eines formlosen Vorvertrags ein Zwang zum Abschluss des Formalgeschäftes reshtsgiltig begründet würde.

Formvorschriften der gedachten Art mit dem Zweck, auf die Ueberlegung der Parteien einzuwirken, sind z. B. das Erfordernis der Schriftlichkeit bei der Bürgschaftserklärung nach § 766 B. G. B., bei dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nach § 780 und 781, bei dem Leibrentenversprechen nach § 761; gerichtliche oder notarielle Beurkundung bei einem Vertrag, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird gemäss § 518 sowie des Vertrags, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Niessbrauch zu belasten nach § 311, der Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil nach § 312, der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt nach § 2033, der Erbverzicht nach 2348 und der Erbschaftskauf nach 2371.

Würde sich jemand verpflichten, einen derartigen Vertrag zu schliessen, so wäre seine Lage praktisch in Bezug auf die rechtliche Gebundenheit die gleiche, als hätte er ihn schon geschlossen und unzweifelhaft bedarf ein solcher Vorvertrag derselben Form wie der Hauptvertrag.

Demgegenüber behauptet Riezler in Staudingers Kommentar zum B. G. B. Bd. I S. 320, dass ein ausdrückliches Verbot gegen die Unzulässigkeit einer derartigen Gesetzesumgehung nicht bestehe und die Lehre, dass der Vorvertrag der Form des Hauptvertrags bedürfe, überhaupt der positiven gesetzlichen Grundlage entbehre. Allein abgesehen davon, dass für den Vorvertrag in sehr vielen Fällen schon seiner besonderen Natur nach die dem Hauptvertrag eigentümliche Form erforderlich ist, wird es auch für die übrigen Fälle

unserm Rechtsgefühl und dem klaren Zweck des Gesetzes entsprechen, dass die von dem Gesetzgeber erlassenen und in ihrem Zweck unverkennbaren Formvorschriften des Hauptvertrags nicht durch rechtsgiltige Anerkennung formloser Verpflichtung zur Beobachtung einer Form illusorisch gemacht werden.

Häufig suchen die Parteien die Erfüllung des Vorvertrags durch Verabredung einer Vertragsstrafe zu sichern. Ein solches für den Fall des Nichtabschlusses des Hauptgeschäftes gegebenes Versprechen auf Schadensersatz ist aber unwirksam nach Analogie des § 344 B. G. B., weil eben die für den Abschluss des Hauptvertrags vorgeschriebene Form in öffentlichem Interesse besteht und Zwangsmittel zur Umgehung des Gesetzes unzulässig sind. Ferner ist in denjenigen Fällen, in denen partikularrechtlich eine gesetzliche Form die Bedeutung hat, dass durch sie nicht die Giltigkeit, sondern nur die Klagbarkeit oder die Beweisbarkeit des Vertrags bedingt sein soll, ohne Form auch der Vorvertrag nicht klagbar und beweisbar.

Anders ergibt sich die Bedeutung des Vorvertrags in denjenigen Fällen, in denen die Formvorschriften des Gesetzes den Zweck haben, in der Urkunde das Forderungsrecht zu verkörpern, sodass die Urkunde für die Entstehung wie für die Fortdauer des Forderungsrechtes von höchster Bedeutung ist. Dies trifft vor allem zu beim Wechsel und denjenigen Papieren, die gemäss § 363 H. G. B. durch Indossierung zu Ordrepapieren erhoben werden können. Solange für solche Schuldverträge nicht alle Förmlichkeiten erfüllt sind, ist das Forderungsverhältnis überhaupt noch nicht vorhanden. Andererseits verstösst es aber in keiner Weise gegen den Zweck des Gesetzes, der lediglich darauf gerichtet ist, eine verstärkte Haftung durch vollstreckbare Urkunde oder eine besonders ausgestaltete Art der Schuldverpflichtung zu schaffen, dass vorgängige Verabredungen unter den Parteien die Natur von Vorverträgen besitzen mit der Verpflichtung auf Eingehung der Schriftobligation. Man nennt solche dem Wechselschluss vorausgehende Vereinbarungen pacta de cambiando.

Um endlich noch des im praktischen Leben besonders häufig vorkommenden Falles der Eigentumsübertragung, der Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie der Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes zu gedenken, so verlangt zunächst § 313 B. G. B. gerichtliche oder notarielle Beurkundung für alle Verträge, durch welche sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück auf einen anderen zu übertragen. Hierunter fallen entgeltliche wie unentgeltliche Geschäfte aller Art, sofern sie nur eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung oder auf grund des § 1017 B. G. B. zur Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechtes in sich schliessen, also nicht nur Kauf und Tausch, sondern auch Gesellschaftsverträge, die Einräumung eines Vorkaufsrechtes an einem Grundstück u. dgl., nicht dagegen die Verpflichtung zur blossen Aufgabe des Grundstücks, zur Besitzübertragung und zur Bestellung anderer dinglicher Rechte. Ein Mangel in der nach § 313 vorgeschriebenen Form wird gemäss § 313 S. 2 nur geheilt, wenn der dingliche Vertrag d. i. die Auflassung nachgefolgt und der Erwerber als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist.

Indem § 313 nur den obligatorischen Vertrag regelt, der in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgeschlossen eine klagbare Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück erzeugt, bleibt für uns die Frage offen, in welcher Weise die Verpflichtung zu den übrigen noch möglichen Rechtsänderungen an einem Grundstück eingegangen werden kann.

Planck, der im allgemeinen die Formerfordernisse des Hauptvertrags für den Vorvertrag anerkennt, unterscheidet in seinem Kom. z. B. G. B. B I S 176 zwischen eigentlichen Vorverträgen und denjenigen Fällen, in denen es sich um zwei selbstständige Verträge verschiedener Art handelt, insbesondere also, wenn durch den ersten Vertrag eine obligatorische Verpflichtung zum Abschluss eines dinglichen Vertrags, zur Eigentumsübertragung etc., eingegangen wird und erklärt, dass die für den dinglichen Vertrag gegebene

Formvorschrift sich nicht auf den obligatorischen Vertrag bezieht. Diese Auffassung deckt sich mit den Ausführungen in Windscheid's Pandekten B. II S. 252. Des weiteren ist in einem Erkenntnis des Reichsgerichts V N. 58 1901*) hervorgehoben, dass der obligatorische Vertrag, welcher die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung enthält, um bindend zu sein, nicht der im § 873 Abs. 2 B. G. B. vorgeschriebenen Formen bedürfe; er sei vielmehr der Regel nach formfrei und es könne daher auch aus einem blos mündlichen Vertrag auf formgerechte Bestellung des in ihm versprochenen dinglichen Rechtes geklagt werden. Demnach müsste, wenn wir uns der Begründung von Scherer in seinem Kom. z. B. G. B. B. 3 S. 38 anschliessen, nach dem Grundsatze: qui dicit de uno, negat de altero, die Bestimmung des § 313, welcher schriftliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt, für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, als Ausnahme gelten; es wäre also nur ein Vorvertrag zu einem Hauptvertrag, welcher auf die Uebertragung des Eigentums gerichtet ist, an eine bestimmte Form gebunden, während man sich zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes frei verpflichten kann.

Wir kommen damit zu einem in der Litteratur meist als feststehend behandelten Rechtssatz, der in seiner praktischen Anwendung auf die wirtschaftlichen Interessen, insbesondere der ärmeren Klassen, durchaus nicht förderlich wirkt und auch zu den Motiven zum B. G. B. in Widerspruch steht, in welchen wiederholt hervorgehoben wird, dass einer übereilten und leichtfertigen Verfügung über die Rechte an Grund und Boden vorgebeugt werden müsse, weshalb eine Gebundenheit der Vertragschliessenden vor der Eintragung erst mit dem Zeitpunkt eintreten soll, in dem dieselben ihrerseits alles getan haben, was das Gesetz verlangt, um die Rechtsänderung

*) Siehe jur. Wochenschrift 1901 S. 382.

zur Vollendung zu bringen. Dies könne aber nur der Zeitpunkt sein, in dem die Vertragschliessenden den Vertrag dem Grundbuchamte zur Eintragung einreichen. Weitere Bedenken äussert Justizrat Küchendahl bei Behandlung dieser Frage in jur. Wochenschrift 1901 N. 85 S. 701 ff., worin er ausführt, das der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 873 B. G. B. den socialpolitischen Zweck verbunden hat, leichtfertigen und übereilten Verfügungen über Rechte an Grundstücken entgegen zu wirken. Dieser Zweck würde aber vereitelt und ein frommer Wunsch bleiben müssen, wenn dem formfreien obligatorischen Vertrag die Rechtswirkung zustände, die Geltung des § 873 zu suspendieren.

Eine entgegengesetzte Ansicht finden wir in Staudingers Kommentar z. B. G. B. Bd. I S. 320 von Riezler vertreten, welcher die oben erwähnte reichsgerichtliche Entscheidung als richtig anerkennt und die Formbedürftigkeit des Vorvertrags überhaupt leugnet. Zur Rechtfertigung seiner Behauptung führt er aus, dass eine diesbezügliche Vorschrift im Gesetze nicht zu finden und bei der etwaigen Annahme eines Gewohnheitsrechts die Bildung einer opinio necessitatis innerhalb der kurzen Geltungszeit des B. G. B. zu bezweifeln sei. Wenn wir uns aber nicht ganz an den Wortlaut des Gesetzes klammern und bei der Auslegung nur einigermassen den Geist und Willen des Gesetzgebers auf uns wirken lassen, so bedarf es keiner Berufung mehr auf ein Gewohnheitsrecht, um den Gesetzesvorschriften ihre praktische Geltung in solchen Fällen zu wahren, in welchen der Sinn und Zweck der Gesetze unzweifelhaft erkennbar ist.

b. bei gewillkürten Formerfordernissen.

Dieselben Gründe, die wir als gesetzgeberische Motive für die Aufstellung eines Formgebots kennen gelernt haben, können bei gesetzlich formfreien Geschäften die Parteien bestimmen, für ihren Vertrag eine gewisse Form zu verabreden. Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags vereinbart

worden, so ist nach § 154 Abs. 2. B. G. B. im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Vertrag dem erkennbaren Parteiwillen zufolge schon vorher als geschlossen anzusehen ist; es muss aber ausdrücklich festgestellt werden, dass in der Tat bereits ein endgiltiger Vertragsschluss vorliegt. Es kann alsdann die vereinbarte Beurkundung verlangt werden; der Inhalt des Vertrags gilt aber auch ohne die Beurkundung. In diesem Falle ist die Beurkundung entweder nach Windscheid blosses Beweismittel oder nach der von Degenkolb und Dernburg vertretenen Ansicht diese wie jede Urkundenvollziehung als ein Vertrag mit dispositiver Wirkung, als Vertragsreproduktion, zu betrachten; es kann daher die Beurkundung als neuer selbstständiger Vertrag auch einen von dem vorausgehenden mündlichen Vertrag abweichenden Inhalt haben. Endemann B. I S. 454 sieht für den Fall, dass die Kontrahenten ausschliesslich eine Beurkundung des mündlich abgeschlossenen Vertrags beabsichtigen, in der Beurkundung überhaupt keinen neuen Vertrag, indem die Urkunde lediglich den Zweck erfüllt, ein sicheres Beweismittel oder eine vollstreckbare Urkunde zu schaffen. Für den Fall der Vertragsreproduktion, die im Zweifel nach allgemeiner Erfahrung als der Wille der Parteien anzunehmen ist, kann mit der Beurkundung auch die Aufhebung oder Aenderung des ersten Vertrags zum Zwecke genauerer Feststellung, auf grund neuer Verhandlung oder besserer Ueberlegung verbunden sein; alsdann stellt sich die Beurkundung als neuer Vertrag dar und nur dasjenige gilt, was und wie es schriftlich festgelegt ist.

Von einem die Parteien bindenden Vertrage kann aber erst dann die Rede sein, wenn dieselben eine vollständige Einigung über den gemeinsamen rechtsgeschäftlichen Erfolg erzielt haben, widrigenfalls die Vermutung des § 154 B. G. B. Platz greift, wonach im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist, bis die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Ver-

einbarung getroffen werden soll. Derartige teilweise Einigung der Parteien hätte nur den Charakter von Vertragsvorverhandlungen, die nicht bindend sind.

Aber auch in den oben gedachten Fällen haben wir es mit einem eigentlichen Vorvertrag, gerichtet auf Mitwirkung bei Abschluss des Hauptvertrags, nicht zu tun. Denn wenn die Beurkundung nur im Sinne des Beweises erfolgen sollte, so war bei Verabredung der Beurkundung der Vertrag schon als geschlossen anzusehen; es ist in Uebereinstimmung mit Endemann in der Beurkundung überhaupt kein neuer Vertrag zu erblicken. Oder wir nehmen an, dass die Beurkundung in dem Sinne verabredet war, dass der Vertrag schriftlich wiederholt werden sollte, so ist der Inhalt des mit der Vereinbarung schriftlicher Wiederholung geschlossenen Vertrags für die Parteien unmittelbar verpflichtend und es kann sowohl auf Erfüllung desselben geklagt werden wie auf schriftliche Wiederholung des Vertrags, während bei einem Vorvertrag auf schriftlichen Hauptvertrag nur auf Abschliessung des Hauptvertrags geklagt werden kann, indem der Inhalt des Hauptvertrags selbst für die Parteien erst mit dessen Abschluss verpflichtend werden soll.

Auf einen solchen Vertrag, bei welchem die Vereinbarung einer Form durch Rechtsgeschäft die Bedeutung hat, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, für welches die Form bestimmt ist, erst dann eintreten soll, wenn die Form beobachtet ist, bezieht sich die Bestimmung des § 125 S. 2 B. G. B., wonach der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit zur Folge hat; es kann also sehr wohl auch durch einen Vertrag für einen zweiten Vertrag eine Form mit der Wirkung des § 125 vereinbart werden. Es kann nun freilich der Inhalt des Vertrags dahin gehen, dass eine Verpflichtung zum Abschluss des zweiten Vertrags nicht übernommen, sondern nur festgesetzt wird, falls der Vertrag geschlossen werde, solle er in der vereinbarten Form geschlossen werden; hieran schliesst sich die Bestimmung des § 125,

dass ein ohne Beobachtung der vereinbarten Form geschlossener Vertrag im Zweifel nichtig ist.

Es ist aber auch möglich, dass durch formlose Vereinbarung sowohl die Verpflichtung zum Abschluss des künftigen Vertrags sowie zur Beobachtung einer bestimmten vereinbarten Form übernommen wird. Alsdann liegt ein reiner Vorvertrag vor, gerichtet auf Abschluss des Hauptvertrags in der vereinbarten Form und es tritt auf grund formloser Vereinbarung die rechtliche Wirkung und die Exekutionsmöglichkeit ein, wie sie oben bei der Betrachtung der Wirkungen des Vorvertrags dargelegt ist.

§ 7 Die Abtretbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrag.

Wenn wir jetzt der Frage näher treten: kann der Gläubiger des Vorvertrags den Anspruch aus dem Vorvertrag auf einen anderen übertragen, so finden wir dieselbe in der älteren Litteratur zum Teil bejaht, so von Goeppert in Kr. V. Ischr. XIV S. 424; dem widerspricht Eisele in Ztsch. f. schweizer. Recht n. F. III S. 39. Degenkolb erkennt die Uncedierbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrag nicht für alle Fälle an. Für Unabtretbarkeit spricht andererseits wieder ein Erkenntnis des obersten L. G. f. Bayern vom 20. Dez. 1884.

Bei Beantwortung der Frage werden wir an die Spitze stellen, dass zwar im allgemeinen alle Forderungsrechte übertragbar sind.

Es kann sich aber die Abtretung nur auf die einzelne Forderung beziehen, nicht auf das ganze, insbesondere nicht auf ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, wie dies durch den Vorvertrag begründet werden kann. Der Eintritt einer anderen Person in das gesamte Schuldverhältnis ist vielmehr nur unter Zustimmung aller Beteiligten, also namentlich auch des Schuldners, zulässig. Ein blosser Abtretungsvertrag des aus dem Vorvertrag hervorgehenden Gläubigers mit einem dritten,

wonach dieser in das gesamte Verhältnis tritt, kann insbesondere da nicht genügen, wo durch die Rechtsnachfolge nicht blos der Eintritt in Rechte, sondern ebensosehr in die mit diesen Rechten verbundenen Verpflichtungen verknüpft ist. Aus diesem Gedanken heraus erklärt es sich, dass der Anspruch aus einem Vorvertrag auf Abschluss des Hauptvertrags jedenfalls dann nicht abtretbar ist, wenn im Hauptvertrag der aus dem Vorvertrag Berechtigte eine Verpflichtung zu übernehmen hat, wie dies z. B. im Vorvertrag auf ein Darlehen, auf Leihe, auf Kauf etc., enthalten ist.

Die Möglichkeit, dass aus einem Vertrage für den hauptsächlich dadurch Berechtigten Pflichten blos nebenbei entstehen (bei den contractus bilaterales inaequales), tut der Abtretbarkeit der Vorvertragsansprüche keinen Abbruch.

In allen übrigen Fällen würde dem zum Abschluss des Hauptvertrags Verpflichteten durch die Abtretung des Anspruchs auf Abschliessung desselben die Verpflichtung aufgedrängt, jede im Belieben des Berechtigten stehende Person als seinen Schuldner im Hauptvertrag anzunehmen. Ein solcher Eintritt eines dritten in das Schuldverhältnis anstatt des bisherigen Beteiligten wäre nur möglich, wenn zu der Abtretung eine Einigung hinzutritt, nach welcher der dritte auf grund eines Schuldübernahmevertrags mit dem aus dem Vorvertrag Verpflichteten an die Stelle seines Rechtsvorgängers tritt. Uebereinstimmend erklärt Bechmann S. 275 für den Kauf die Abtretung des Anspruchs auf Abschluss eines synallagmatischen Vertrags für unzulässig, weil dies eine Veränderung in der Person des Gegners in sich schliessen würde, die sich der andere Teil nicht gefallen zu lassen braucht.

Geht schon aus diesen Erwägungen als Regel die Unzulässigkeit der Abtretung des Anspruchs aus dem Vorvertrag hervor für diejenigen Fälle, in denen der Berechtigte zugleich eine Verpflichtung zu übernehmen hat, so wird diese Aufstellung noch unterstützt durch § 399 B. G. B., wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht

ohne Aenderung ihres Inhalts erfolgen kann. Es kann also insbesondere die Forderung auf Auszahlung eines Darlehens nicht abgetreten werden, da ihr Inhalt durch die Person des Darlehensschuldners, zumal durch seine Kreditwürdigkeit, wesentlich bestimmt wird. Aehnlich liegt es mit einem pactum de commodando, in dem sich jemand verpflichtet, einer bestimmten Person gewisse Gegenstände zum Gebrauche zu überlassen. Es wäre zweifellos als eine Aenderung des Leistungsinhalts anzusehen, wenn der Berechtigte seinen Anspruch auf Abschluss des Leihvertrags an irgend eine dritte unzuverlässige Person übertragen wollte.

Im übrigen ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob nach dem Inhalt der Leistungspflicht mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte gemäss § 157 L. G. B. der einseitige Gläubigerwechsel dem aus dem Vorvertrag Verpflichteten zugemutet werden kann. Es ist also der Anspruch aus einem Vorvertrag nicht blos dann unübertragbar, wenn der aus dem Vorvertrag Berechtigte im Hauptvertrag Pflichten zu übernehmen hat, sondern allgemein, wenn anzunehmen ist, dass nur dem ursprünglichen Gläubiger des Vorvertrags der Abschluss des Hauptvertrags zugesichert werden sollte. Wenn wir uns also beispielsweise fragen, ob der aus einem pactum de donando hervorgehende Anspruch ohne Zustimmung des Verpflichteten übertragbar ist, so werden wir dies verneinen im Gegensatz zu Hoelder, der in seinem Kom. z. B. G. B. S. 364 das pactum de donando im Gegensatz zu den Vorverträgen mit Gegenverpflichtung des Berechtigten anführt und daraus auf die Abtretbarkeit schliesst. Allein es ist doch zu berücksichtigen, dass man sich in den meisten Fällen zu einem Schenkungsvertrag nur einer bestimmten Person gegenüber verpflichten möchte und es gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn man aus einem derartigen Vorvertrag gezwungen werden könnte, mit irgend einem vielleicht bis dahin unbekannten dritten einen Schenkungsvertrag abzuschliessen.

Von diesen Fällen der Uncedierbarkeit des Anspruchs ist wohl zu unterscheiden der Fall, dass der aus dem Vorvertrag

Verpflichtete versprochen hat, auf Anweisung des Versprechensempfängers an einen dritten zu leisten. Denn hier liegt eine Uebertragung des im Vorvertrag begründeten Anspruchs überhaupt nicht vor, indem der Versprechensempfänger und nicht der dritte durch die Leistung Schuldner des im Vorvertrag Verpflichteten wird. Näheres bezüglich des Darlehensvorvertrags siehe unten.

§ 8 Besonderheiten des Darlehensvorvertrags.

Nachdem wir die allen Vorverträgen gemeinsamen wesentlichsten Merkmale einer Betrachtung unterzogen haben, wollen wir uns noch in Kürze mit dem Darlehensvorvertrage beschäftigen, der schon mit Rücksicht auf das im praktischen Rechtsverkehr umfangreiche Anwendungsgebiet besondere Beachtung verdient und auch verschiedene Besonderheiten aufweist.

Ueber das Wesen des Darlehensvertrags als eines Realkontrakts, bei welchem das Schuldverhältnis durch den Akt sachlicher Hingabe begründet wird, ist schon oben gesprochen und für die Beibehaltung auch im B. G. B. neben verschiedenen Autoren auf die Motive zum B. G. B. S. 305 und 306 verwiesen. Insbesondere hebt Cosack in seinem Lehrbuch des bürg. Rechts B. I S. 507 ausdrücklich hervor, dass das Darlehensgeschäft nicht blos möglicherweise wie die Leihe und sonstige Verträge, sondern regelmässig als Realvertrag zustande kommt, nämlich erst durch die tatsächliche Uebertragung der Darlehenssachen (»Darlehensvaluta«) seitens des Darlehensgebers auf den Darlehensempfänger. Vereinbarungen über die künftige Gewährung eines Darlehens können zwar nicht als vollendeter Darlehensvertrag gelten, wohl aber können sie die Bedeutung eines Vorvertrags über einen künftig abzuschliessenden Darlehensvertrag erhalten, sobald das Versprechen, ein Darlehen geben zu wollen, durch Annahme des

Versprechens einen Vertragscharakter gewonnen hat. Die im Leben häufig vorkommenden Verhandlungen über das Geben eines Darlehens erzeugen jedoch nicht immer eine bindende Verpflichtung des Kapitalisten; vielfach ist dem Geldsuchenden ein Darlehen nur in Aussicht gestellt worden, ohne dass ein bindendes Versprechen vorliegt. So kann insbesondere nach Dernburg B. II S. 210 aus der Annahme eines Darlehensschuldscheines durch den Kapitalisten noch nicht auf die Uebernahme einer Verpflichtung zur Auszahlung der Darlehenssumme geschlossen werden, ebenso nicht, wenn auf den Schuldschein ein Teil der Valuta geleistet wurde.

War indes eine rechtliche Bindung beabsichtigt, so wird durch das Darlehensversprechen zunächst nur eine einseitige Verpflichtung des Versprechenden begründet, das Darlehen zu geben. Ob das Darlehen durch Hingabe von Geld oder von anderen Sachen zu geben sei, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Ist schlechthin ein Darlehen versprochen, so ist mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Vertrag dahin auszulegen, dass der Verpflichtete das Darlehen in Geld zu gewähren hat.

Würde sich der aus dem Vorvertrag Verpflichtete weigern, das Darlehen zu gewähren, so würde er, wie schon oben erwähnt, im Gegensatz zu Regelsberger S. 131, der eine Exekution auf den Betrag des zugesagten Darlehens für untunlich hält, zur Hingabe der Valuta zu verurteilen und die Zwangsvollstreckung in der oben geschilderten Weise zu betreiben sein. Kommt der aus dem Vorvertrag Verpflichtete mit der Gewährung des Darlehens in Verzug, so kann der Berechtigte Schadensersatz wegen Verzugs gemäss § 286 B. G. B. und wenn das Darlehen infolge des Verzugs kein Interesse mehr für den Geldsuchenden hat, auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Dass der aus einem auf ein Darlehen gerichteten Vorvertrag hervorgehende Anspruch nicht abgetreten werden kann, wurde schon oben für das Darlehen insbesondere hervorgehoben. Anders wäre die Sache zu beurteilen, wenn die Auszahlung

der Darlehenssumme an einen Cessionar als Auszahlung an den Cedenten betrachtet werden soll, der Darlehensvertrag also gleichwohl mit dem Empfänger des Darlehensversprechens abgeschlossen wird, sodass der Empfänger des Darlehensversprechens durch die Zahlung des aus dem Vorvertrag Verpflichteten an den Cessionar Darlehensschuldner wird. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht B. 38 S. 311 entschieden, dass ein Baugelddarlehen, welches in der Weise zugesagt wird, dass es je nach dem Fortschreiten des Baues ratenweise ausbezahlt werden solle, in einzelnen Raten an einen Dritten abgetreten werden könne, da in der Abtretung die Erklärung des Darlehensnehmers zu finden sei, dass er den Betrag, den der Darlehensgeber an den Cessionar zahle, sich anrechnen lassen wolle, sodass er, der Cedent, Schuldner des Darlehensgebers werde.

Es ist nun aber auch ein Vorvertrag des Inhalts möglich, dass die Empfangnahme einer Summe als Darlehen versprochen wird, insbesondere kann mit dem im Darlehensvorvertrag begründeten Versprechen des Kapitalisten, ein Darlehen zu gewähren, ein Versprechen des Darlehenssuchers, das Darlehen zu nehmen, verbunden sein. Eine solche Verpflichtung braucht nicht ausdrücklich bestimmt zu sein, sondern kann auch aus den Umständen folgen. Sie ist nach Planck und anderen Autoren als stillschweigend vereinbart anzunehmen, wenn der Darlehensempfänger das Darlehen zu verzinsen versprochen hat, im Gegensatz zu Staudinger, der auch bei einem verzinslichen Darlehen einen besonderen Vertrag über die Annahme für erforderlich hält. Dagegen kann nach Dernburg aus der blossen Aushändigung eines Schuldscheins an den Kapitalisten nicht ohne weiteres auf die Verpflichtung zur Annahme der Darlehenssumme geschlossen werden. Soweit aber der Darlehenssucher zur Annahme verpflichtet ist, geht er nicht als Gläubiger, sondern als Schuldner aus dem Vorvertrag hervor und kann auf Empfang der Valuta verklagt werden. Eine hierauf erfolgende Zwangsvollstreckung etwa nach § 887 C. P. O. wäre nach Dernburg

der Verkehrsauffassung gemäss befremdend und nicht im Interesse der Partei gelegen; es ist vielmehr in Uebereinstimmung mit Oertmann: Schuldverhältnisse S. 327 und Crome B. II S. 597 Anm. 27 als der Absicht der Parteien entsprechend anzunehmen, dass kein Annahmezwang eintrete, sondern nur Entschädigung für den Fall der Nichtannahme, also Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewollt sei.

Eine weitere Auslegungsfrage war es bisher, ob der aus dem Vorvertrag Verpflichtete an sein Versprechen auch dann gebunden sei, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Darlehenssuchers mittlerweile wesentlich verschlechtert haben. U. a. erklärt Dernburg in seinen Pandekten B. II S. 223 den Vertrag über Geben des Darlehens in der Regel von der stillschweigenden Bedingung abhängig, dass der Darlehenssucher kreditwürdig ist und bleibt, und auch das Reichsoberhandelsgericht B. 32 S. 137 nimmt dies für jede Kreditzusage mindestens im Verkehre der Kaufleute an. Für uns ist diese Frage im B. G. B. § 610 gesetzlich geregelt, wonach ein Darlehensversprechen im Zweifel widerruflich ist, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird.

Die clausula rebus sic stantibus ist aber nur im Zweifel als von den Parteien gewollt anzunehmen; sie kommt daher in Wegfall, wenn sich eine anderweitige Willensübereinstimmung der Parteien ergibt. Die spezielle Vorschrift des § 610 liegt auch dem § 321 zugrunde, welcher nicht eine blosse Auslegungsregel, sondern eine dispositive Rechtsnorm enthält und für den Darlehensvorvertrag schon deshalb nicht anwendbar ist, weil es sich dort um gegenseitige Verträge handelt.

Der nach § 610 zulässige Widerruf, der sowohl im Wege einer selbstständigen, einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung gegenüber dem Berechtigten wie auch als Einrede gegen die Erfüllungsklage zulässig ist, setzt voraus, dass die eingetretene Verschlechterung eine wesentliche ist,

sodass der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet würde. Eine solche Gefährdung ist nicht mehr vorhanden, wenn durch gute Hypotheken oder Bürgen Sicherheit geleistet wird; so Oertmann, Staudinger, Crome im Gegensatz zu Enneccerus-Lehmann, welcher behauptet, dass man an eine kreditunwürdige Person nicht zur Zahlung verpflichtet werden kann, aber nicht berücksichtigt, dass nach § 610 B. G. B. für das Recht des Widerrufs nicht blos schlechte Vermögensverhältnisse und Kreditunwürdigkeit, sondern eine wirkliche Gefährdung des Anspruchs auf Rückerstattung erforderlich ist, eine Voraussetzung, die durch Sicherheitsleistung sehr wohl abgewendet werden kann.

Weiteres Erfordernis für das Recht des Widerrufs ist, dass die Verschlechterung erst nachträglich eingetreten ist. Wenn die Vermögensverhältnisse des Versprechensempfängers schon zur Zeit der Abgabe des Darlehensversprechens ungünstig waren und der Verpflichtete hievon Kenntnis hatte, so sind die Voraussetzungen des § 610 nicht gegeben. War es ihm nicht bekannt, so liegt darin lediglich ein rechtlich bedeutungsloser Irrtum im Motiv und ein Widerruf ist nicht gestattet. Es könnte jedoch eine Anfechtung des gegebenen Versprechens nach § 119 B. G. B. in Frage kommen, wenn ein Irrtum über wesentliche Eigenschaften in der Person des Darlehenssuchers nachweisbar ist, indem z. B. angenommen wurde, dass dieser ein einträgliches Amt bekleide etc. Ein weiteres Anfechtungsrecht wegen Betrugs gemäss § 123 und 823 B G. B. bleibt unbenommen.